

ANÁLISE DOS REMÉDIOS ANTITRUSTE APLICADOS PELO CADE A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI 12.529/11

Thaiane Vieira Fernandes de Abreu

Resumo: O presente estudo objetiva examinar a aplicação de remédios antitruste pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), a partir da vigência da Lei n. 12.529/11. O novo arcabouço legal introduziu o sistema de controle de concentrações prévio na política de concorrência brasileira, substituindo o regime da antiga Lei da Concorrência n. 8.884/94. No intuito de examinar as medidas antitruste instituídos pelo Cade após a vigência da nova Lei, será elaborada pesquisa sobre os remédios aplicados de 2012 a 2017, a fim de indicar se as críticas dirigidas à prática do Cade foram corrigidas, principalmente no que tange à efetividade.

Palavras-chave: Remédios antitruste. Sistema de controle de concentrações. Lei n. 12.529/2011. Efetividade. Lei n. 8.884/94.

Keywords: Merger remedies. Merger review system. Law No. 12,529/11. Effectiveness. Law No. 8,884/94.

A modernização do sistema de controle de estruturas indica uma maior preocupação com a eficiência da atuação estatal no que tange aos resultados dos atos de concentração instaurados. Isso porque com a alteração do sistema de análise de atos de concentração posterior para prévio, o Brasil busca sanar as ineficiências causadas pelo antigo sistema, que era visto pelas melhores práticas como ineficaz do ponto de vista econômico e na proteção do interesse público¹.

Examinando-se o procedimento de análise de estruturas sob o regime da antiga Lei de Concorrência n. 8.884/94, diversas críticas relacionavam a ineficiência do sistema brasileiro com a baixa efetividade na aplicação dos remédios antitruste pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Nesse sentido, o presente trabalho busca analisar os tipos de remédios

¹ ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor. Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada. Revista dos Tribunais, 2012, p. 37.

antitruste aplicados pelo Cade a partir da vigência da Lei 12.529/2011.

Na sistemática da nova Lei, como todos os atos de concentração aprovados condicionados a Acordo em Controle de Concentrações (ACC), com restrições ou reprovados passam pelo Tribunal Administrativo do Cade, foram examinadas as atas das Sessões de Ordinárias e Extraordinárias de Julgamento, a partir da vigência da Lei 12.529/11, datada de 29 de maio de 2012.

Desta maneira, foram estudadas as 105 (cento e cinco) atas de julgamento das Sessões Ordinárias do Cade², além da ata de julgamento da única Sessão Extraordinária ocorrida após a nova Lei³ e limitou-se todos os atos de concentração cujas decisões do Tribunal Administrativo não foram no sentido de aprovar a operação como foi apresentada. Ou seja, foram separados os atos de concentração nos quais as decisões finais tiveram o cunho de (i) reprovação; (ii) aprovação condicionada a ACC; e (iii) aprovação com restrições.

Aqui, abre-se um parêntese para justificar a escolha da autora no intuito de analisar efetivamente os remédios aplicados nos atos de concentração submetidos e julgados pelo Cade sob à luz da Lei n. 12.529/2011, mais especificamente sobre o novo sistema de controle prévio de concentrações. Na pesquisa das atas de julgamento do Tribunal, foram identificados e excluídos casos cuja análise foi feita sob o âmbito da antiga Lei 8.884/94, tendo em vista que suas respectivas notificações foram anteriores à vigência da nova Lei⁴.

Observa-se que muitos casos foram enquadrados neste parâmetro, principalmente nos primeiros anos da vigência da nova Lei, haja vista que o antigo arcabouço legal não estabelecia prazo formal para a autoridade antitruste brasileira inspecionar as operações protocoladas.

Busca-se, mais especificamente, verificar se as críticas dirigidas ao sistema de controle de estruturas brasileiro e, conseqüentemente, à aplicação de remédios antitruste, foram sanadas com a modificação da análise de controle de estruturas pela nova Lei de Concorrência. Leva-se em conta, principalmente, o relatório da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) elaborado em 2010, que versa sobre os principais problemas

² Disponíveis em <<http://www.cade.gov.br/assuntos/sesoes/pautas-das-sesoes-ordinarias-1>> Acesso em 20 de maio de 2017.

³ Esta Sessão Extraordinária de Julgamento ocorreu no dia 29 de maio de 2012. Disponível em <http://www.cade.gov.br/assuntos/sesoes/sesoes-pasta-geral/atas-desesoes-extraordinarias-de-julgamento_> Acesso em 20 de maio de 2017.

⁴ Como o art. 54, §4º, da Lei 8.884/94 estabelecia que as operações de concentração econômica poderiam ser notificadas ao Cade em até 15 (quinze) dias úteis após sua realização, muitos casos foram apresentados já na vigência da Lei 12.529/11, mas analisados pela antiga Lei.

enfrentados pelo Cade quando a lei vigente era a Lei n. 8.884/94.

Convém destacar aqui que alguns trabalhos similares a este já foram elaborados no intuito de observar a evolução dos remédios aplicados pelo Cade, como o de Patrícia Cabral⁵ que, em 2014, propôs pesquisa semelhante entre os anos de 1994 a 2013. Entretanto, no âmbito do presente trabalho, a intenção não é somente examinar os dados obtidos. O que se pretende é refletir se nos dados coletados desde a vigência da Lei 12.529 até 29 de maio de 2017, ou seja, um quinquênio completo com o novo sistema de controle prévio de atos de concentração do SBDC, houve alguma mudança efetiva após a mudança do sistema de controle brasileiro de concentrações.

1. Aplicação dos remédios antitruste pelo Cade – análise de dados (2012 a 2017)

Com o intuito de organizar melhor os dados obtidos e as conclusões feitas por meio destes, o presente capítulo será estruturado da seguinte maneira. Na primeira parte, abordar-se-á uma visão geral dos dados obtidos referentes ao período de vigência da Lei n. 12.529/11. Já na segunda seção, foram dispostos os dados sobre os tipos de remédios aplicados.

Em cada um dos atos de concentração selecionados, o presente trabalho analisou as seguintes variáveis: (i) tipo de preocupação concorrencial encontrada na operação (sobreposição horizontal, integração vertical ou ambas); e (ii) o tipo de remédio concorrencial aplicado (estruturais, comportamentais ou ambos).

1.1 A redução do número de casos notificáveis ao Cade e de atos de concentração com restrições

Na análise das atas de julgamento desde a vigência da nova Lei, foi encontrado um total de 130 casos cujas decisões finais do Tribunal aplicaram algum tipo de restrição, condicionaram a aprovação ao ACC ou TCD, ou foram reprovadas.

Em relação a averiguação preliminar destes 130 casos, apenas 9 operações foram conhecidas e reprovadas pela autoridade antitruste brasileira nestes últimos cinco anos, representando 6,92% dos casos levados ao Tribunal em que não foi possível obter uma solução intermediária, demonstrando a clara

⁵ CABRAL, Patrícia Semensato. Remédios em atos de concentração: uma análise prática do CADE. IX Prêmio SEAE, 2014.

preferência por soluções intermediárias, onde o Cade não conseguiu conciliar todos os interesses.

Em seguida, dos 121 atos de concentração que foram aprovados com condicionados a TCD/ACC ou restrições impostas pelo Cade, um total de 36 operações que tiveram sua restrição relacionada somente a algum tipo de revisão nas cláusulas de não-concorrência, seja alteração, readequação, supressão, ou restrição desta, totalizando 29,75% das restrições feitas pela autarquia em atos de concentração.

Um detalhe importante a se ressaltar é que a maioria das transações cuja decisão do Cade girou em torno da cláusula de não-concorrência ocorreu nos primeiros anos de vigência da nova Lei. Os últimos dois atos de concentração com restrições feitas somente no que tange à esta cláusula foram no ano de 2013⁶. Tal observação é importante, pois mostra que a jurisprudência da autoridade brasileira está pacificada e as empresas e seus representantes legais já se adequaram a tal posicionamento.

Ainda no âmbito das cláusulas de não-concorrência, frisa-se que apenas 3 atos de concentração tiveram restrições somente quanto a estas disposições em âmbito da nova Lei. Isso demonstra que a nova Lei reduziu exponencialmente o número de casos em que o Tribunal Administrativo teve que julgar operações de cuja preocupação concorrencial era somente a cláusula de não-concorrência.

Entretanto, como o principal intuito da presente pesquisa é a análise dos remédios antitruste aplicados pela Lei n. 12.529/11, foram excluídos os casos que foram julgados nos moldes da Lei n. 8.884/94. Além destes, foram descartadas 7 operações nas quais as aprovações foram condicionadas a ACC⁷, cujo objeto era somente a infração ao art. 88, §3º, da Lei nº 12.529/2011⁸. Por

⁶ No entanto, houve caso cuja decisão final do Cade do condicionou sua aprovação a ACC, mas também indicou restrição à cláusula de não-concorrência (Bromisa Industrial/ICL Brasil/Fosbrasil), cujo julgamento foi em dezembro de 2014.

⁷ Atos de Concentração n. 08700.011836/2015-49, 08700.000137/2015-73, 08700.010394/2014-32, 08700.002285/2014-41, 08700.008289/2013-52, 08700.008292/2013-76 e 08700.005775/2013-19.

⁸ Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

[...]

§ 3o Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação,

fim, também foram retirados os 2 processos de Revisão de Ato de Concentração⁹.

Restaram, então, 26 casos cuja decisão final do Tribunal foi no sentido de restringir ou condicionar as operações, ou seja, onde de fato foram aplicados ou impostos os remédios antitruste, nos moldes da nova Lei de Concorrência.

Algumas considerações preliminares devem ser feitas antes de se passar para a análise da aplicação dos remédios antitruste pelo Cade após a vigência da nova Lei de Concorrência. Isso porque este novo arcabouço legal trouxe novos parâmetros para a apreciação das concentrações econômicas. Dentre tais fatores, os principais foram a mudança dos critérios de faturamento das empresas para valores maiores do que antigamente, e a alteração do sistema de controle de concentrações para prévio.

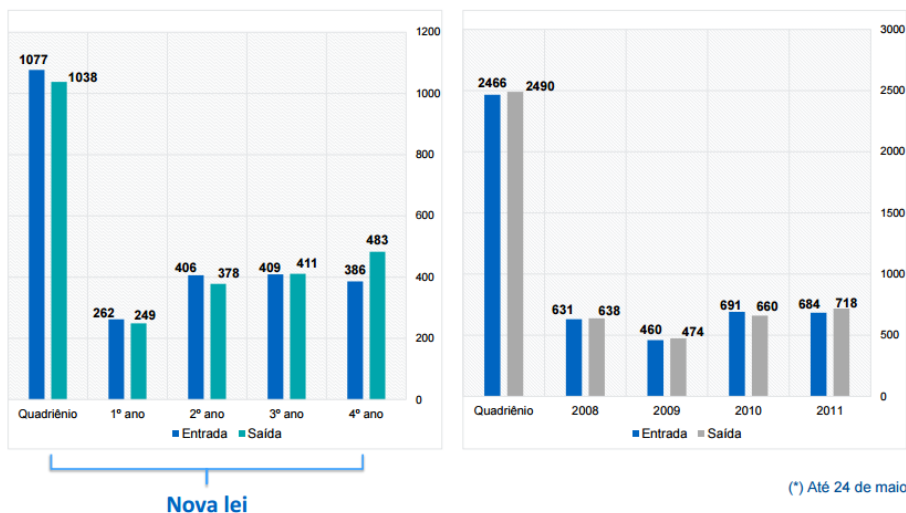
Estas substituições estão intimamente ligadas com duas transformações observadas durante este quinquênio da vigência da nova Lei, que foram a redução dos atos de concentração julgados pela agência antitruste brasileira, e a drástica diminuição dos casos que tiveram restrições ou foram condicionados a Acordo de Controle de Concentração.

O Balanço Geral do Cade de 4 anos da nova Lei, publicado em 2016 compara os números de casos julgados pelo Cade nos primeiros quatro anos da vigência da nova Lei e os últimos quatro anos da Lei n. 8.884/94¹⁰.

sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.

⁹ Conforme dito acima, o Ato de Concentração n. 08700.010688/2013-83, conforme dito acima, teve sua revisão decretada pelo Cade. Em decisão na 93ª Sessão Ordinária de Julgamento, o Tribunal decidiu pela imposição de penas pecuniárias às empresas da operação por descumprimento do ACC. Por terem sido mantidas as cláusulas do ACC anteriormente assinado entre as requerentes e o Cade, a presente pesquisa só contabilizou os remédios aplicados uma única vez. Já a Revisão n. 08012.001015/2004-08 foi submetida aos moldes da antiga Lei.

¹⁰ Disponível em < <http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/balanco-4-anos-nova-lei-1.pdf>>



Fonte: Gráfico elaborado pelo Cade no “Balanço 4 anos da Lei 12.529/11”.

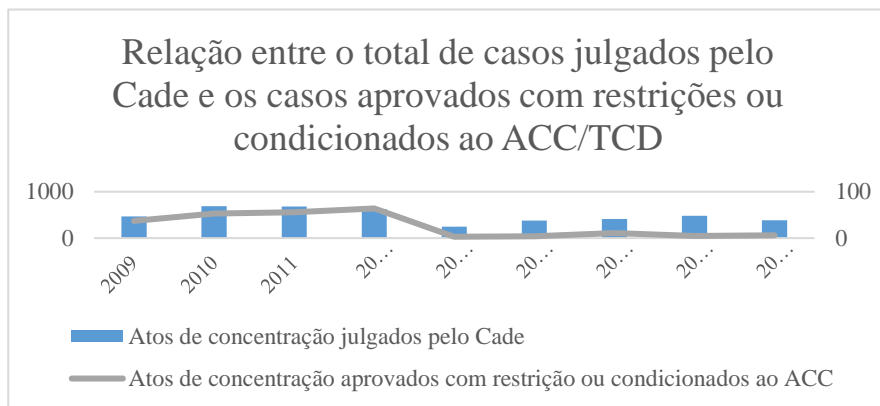
O gráfico acima revela uma redução de mais de 50% de casos notificáveis ao Cade durante os quatro primeiros anos das novas mudanças no SBDC. Atualmente, com esta redução e com a mudança de competência da análise exclusiva das operações onde não haja preocupações concorrenciais significativas para a Superintendência-Geral, o Tribunal pode se concentrar na análise de cartões e condutas exclusionárias que possuem o condão de prejudicar muito mais a livre concorrência.

Ainda, no que tange à aplicação de restrições ou condicionamento a ACC para aprovação de operação, na vigência da nova Lei, estes casos diminuíram significativamente. Nesta parte, foram analisados todos os casos que tiveram restrições (incluindo as referentes às cláusulas de não-concorrência), tendo sido excluídos somente aqueles condicionados ao ACC que só versasse sobre *gun jumping*, ou seja, a infração constante no art. 88, §3º, da Lei 12.529/2011.

Assim, o gráfico abaixo faz uma análise da relação entre o total de casos julgados pelo Cade anualmente com os casos cuja aprovação teve restrições ou foi condicionada à assinatura de ACC¹¹. Ressalta-se que os

¹¹ Os dados dos quatro primeiros anos foram obtidos de maneira secundária. Explicação: o total de casos julgados foi obtido por meio do Balanço Geral do Cade referente aos quatro anos da Lei n. 12.529/11. Já os casos onde houve restrição ou condicionados a ACC/TCD, foram retirados da pesquisa de Patrícia Cabral, p. 36.

últimos cinco anos foram avaliados a partir de 29 de maio de cada ano para que se avaliasse um ano completo do regime da nova lei.



Fonte: Elaboração própria, com base nos dados obtidos no “Balanço 4 anos da Lei 12.529/11” e no sítio eletrônico do Cade.

Uma das causas atreladas à esta redução consiste na redução de restrições feitas por cláusulas de não-concorrência. Isso porque, no antigo sistema de controle de concentrações misto, mesmo com a jurisprudência pacificada e sumulada pelo Cade desde 2009, as empresas não viam a aprovação do Cade como um empecilho para suas transações.

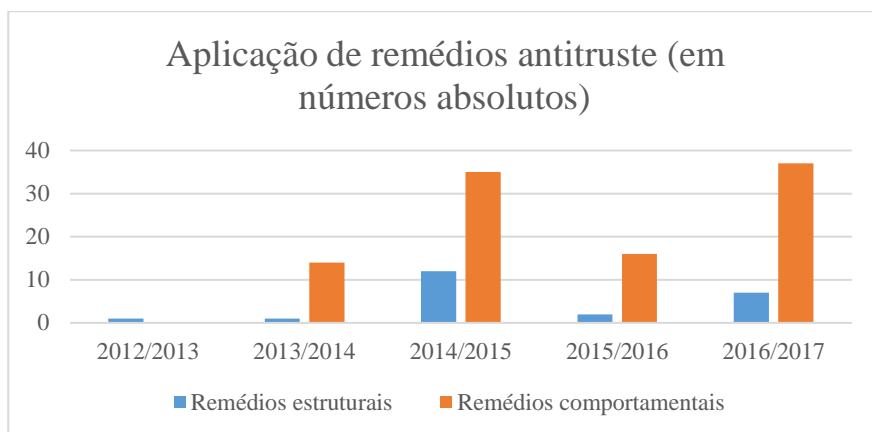
1.2. Principais remédios em atos de concentração aplicados pelo Cade

Para realizar classificações quanto aos remédios, utilizou-se a dicotomia mais tradicional de remédios estruturais e comportamentais já mencionada nos capítulos anteriores. Desta maneira, foram contabilizados 125 remédios antitruste aplicados pelo Cade, desde à vigência da Lei 12.529/11¹².

Optou-se por dividir a aplicação dos remédios de acordo com os anos de regime da nova lei, para que seja possível a comparação posterior com os dados obtidos pela OCDE e pela pesquisa de Cabral.

Em números absolutos, observa-se que os remédios comportamentais são prevaletentes na conduta do Cade. Dos 125 remédios aplicados no período estudado, apenas 23 deles foram considerados como remédios estruturais.

¹² Ressalta-se que só foram obtidas as informações públicas disponibilizadas pelo Cade. Assim, eventuais medidas aplicadas em âmbito restrito não foram possíveis de serem analisadas.



Fonte: Elaboração própria, com base nos dados obtidos no sítio eletrônico do Cade.

Os remédios comportamentais são quatro vezes mais aplicados do que os remédios estruturais neste período de cinco anos da nova lei. Apenas no primeiro ano, no qual foi aplicado um único remédio estrutural, é que houve mais estruturais do que comportamentais. Em todos os outros anos, estas últimas medidas equivalem a mais que o dobro dos estruturais.

Tal dado é contundente com os números obtidos por Cabral¹³, cuja pesquisa sobre a aplicação de medidas pelo Cade demonstrou que, em números absolutos, apenas em 1998 e 2003 os remédios estruturais ultrapassaram os comportamentais.

Isso não significa, em análise mais aprofundada, que o Cade ainda possui uma preferência por remédios comportamentais. Na verdade, existem diversos fatores para que o número absoluto de medidas comportamentais seja muito maior.

Primeiramente, observa-se que quando não há a aplicação de remédios estruturais, ou seja, quando a autoridade entende pela aplicação de somente medidas comportamentais, é comum a aplicação de diversos remédios em conjunto. Em outras palavras, quando se opta pela não aplicação de estruturais, percebe-se que os ACCs condicionam as operações nestas situações em um número mais elevado de remédios.

Com base no período estudado por esta pesquisa, a média geral de

¹³ CABRAL, Patrícia Semensato. Remédios em atos de concentração: uma análise prática do Cade, 2014, op cit, p. 46.

remédios por ato de concentração, considerando todos os 26 atos de concentração condicionados ao ACC ou a restrições aqui investigados, foi de 4,84 remédios por ato de concentração. Entretanto, quando analisamos estes números em atos de concentração condicionados a apenas medidas comportamentais, o número médio de remédios por ato de concentração foi elevado para 6,33.

Além disso, há que se considerar que nem sempre os remédios estruturais serão os mais adequados para uma operação, principalmente ao abordar operações que resultem em integração vertical. Geralmente, de acordo com a doutrina, há que se preservar as eficiências trazidas por tais transações e, assim, aplicar somente os remédios comportamentais.

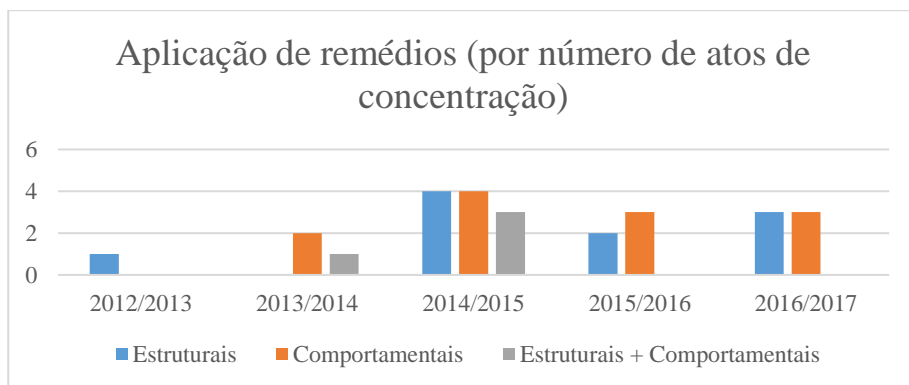
Por fim, a maioria das operações cuja sobreposição horizontal pode ser mitigada por uma alienação no intuito de que seja criado um concorrente efetivo. O princípio *tailored to harm*, nesta via, oferece a possibilidade às autoridades da concorrência a submeterem as partes da operação a certos tipos de obrigações comportamentais que complementam os desinvestimentos feitos pelas empresas.

É neste sentido que se acredita que o mais consistente seja uma análise da aplicação dos remédios antitruste sob outros moldes que não aqueles em números absolutos, a fim de se obter um estudo mais preciso do condicionamento das operações a tais medidas.

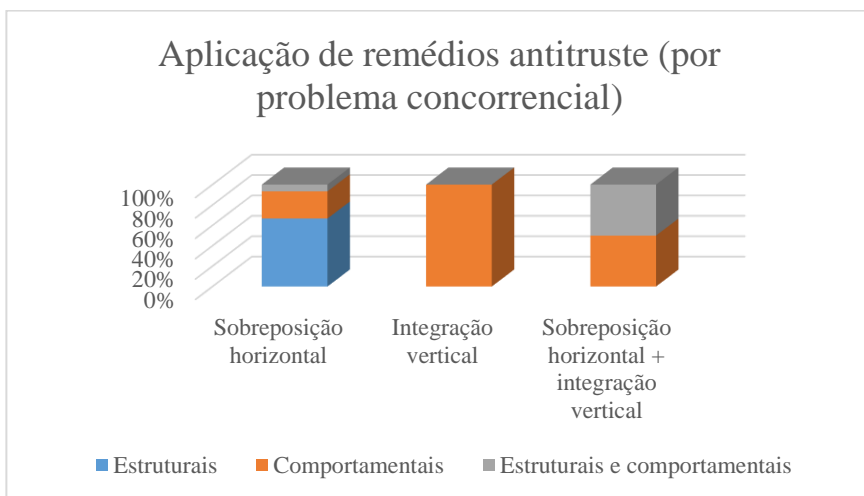
Assim, foi feita uma análise da aplicação de remédios por ato de concentração. Conforme gráfico seguinte, observa-se que uma equilibrada aplicação dos dois tipos de remédios antitruste. Entre os anos de 2013/2014 e 2015/2016, foi constatada a interposição de remédios comportamentais mais acentuada do que as outras duas formas de aplicação, só estruturais e “estruturais + comportamentais”¹⁴.

¹⁴ No que tange às operações condicionadas a remédios puramente estruturais, a presente pesquisa também enquadró nestes casos as concentrações em que foram inseridas obrigações e compromissos das requerentes unicamente no intuito de preservar a viabilidade econômica do desinvestimento. Como exemplo, pode-se citar o caso mais recente julgado pelo Cade, o ato de concentração n. 08700.005937/2016-61 (Dow/Dupont), cujo ACC prevê obrigações de não adquirir partes do negócio desinvestido e compromissos para não alienar o pessoal transferido com os negócios. Já no que tange aos casos classificados como “estruturais + comportamentais”, indica-se o ato de concentração n. 08700.009732/2014-33 (Telefônica/GVT/Assicurazioni/Vivendi), cuja decisão final do Cade ordenou tanto a alienação de ações da Telefônica por parte da Assicurazioni, quanto provisões de firewall e obrigações de manutenção dos planos e ofertas oferecidos pelas requerentes.

Isso demonstra que, apesar de serem aplicados em maior número absoluto, a instituição de remédios puramente comportamentais não corresponde à maioria dos casos condicionados a ACC ou com restrições analisados pela nova Lei.



Foi analisado também o tipo de aplicação dos remédios antitruste, levando em consideração os diferentes problemas concorrenciais derivados das operações julgadas pelo Cade nestes últimos anos. Neste sentido, no gráfico a seguir, examinou-se os tipos de remédios aplicados referentes às preocupações concorrenciais decorridas das operações (sobreposição horizontal, integração vertical ou sobreposição horizontal + integração vertical).



Esta análise da aplicação dos remédios antitruste feita com base nos problemas concorrenciais gerados pelas operações consiste no melhor modo de investigação da aplicação das medidas pelo Cade. Isso porque revela quais são as escolhas da autoridade da concorrência brasileira em face dos “prós e contras” de cada ato de concentração.

Nesse sentido, observa-se que a escolha por remédios puramente estruturais só é feita quando a operação só gera efeitos de sobreposição horizontal. Não foram encontrados remédios estruturais em sentido estrito em mais nenhum tipo de operação.

No que tange às operações cuja preocupação concorrencial gira em torno de integração vertical, só houve a aplicação de remédios comportamentais nestes casos. Aqui, conclui-se pelo entendimento de que o Cade possui prevalência por remédios comportamentais no âmbito de integrações verticais.

Ademais, quando há os dois tipos de problemas concorrenciais, sobreposição horizontal e integração vertical que ensejem a preocupação do Cade, 50% dos remédios aplicados foram puramente comportamentais, enquanto os outros 50% foram uma combinação de remédios estruturais e comportamentais.

2. Evolução na aplicação de remédios antitruste pelo Cade

O Sistema Brasileiro de Defesa Econômica (SBDC) passou por mudanças recentes em seu arcabouço legal. Com a entrada da Lei n. 12.529/2011 em 29 de maio de 2012, houve a modificação do sistema de controle de concentrações econômicas de misto para prévio.

Uma das principais características da concorrência brasileira sob a égide da Lei n. 8.884/94, era a possibilidade de apresentação do ato de concentração tanto de maneira prévia quanto no prazo máximo de 15 dias úteis após sua realização, conforme seu artigo 54, §4º. Por outro lado, com a aprovação da Lei n. 12.529/11, observou-se a instituição do sistema de controle prévio, assim como a proibição instituída em lei da consumação das concentrações econômicas antes do aval da autarquia.

Neste contexto, o relatório *peer review* da OCDE¹⁵ com relação ao estágio de desenvolvimento da política antitruste brasileira, publicado em 2010, atribuiu ao sistema de controle misto como o “vilão” de algumas implicações pouco eficientes da política brasileira de concorrência e revelou um excesso de

¹⁵ OECD/BID. Lei e política de concorrência no Brasil – uma revisão pelos pares. 2010, p. 35-36. A OCDE atribui o elevado número de remédios comportamentais ao fato de o SBDC lidar com fusões *ex post*.

aplicação de medidas comportamentais pelo CADE.

No que tange ao controle de estruturas, a primeira consequência consistia no tempo longo de análise das operações notificadas ao Cade. O SBDC não possuía nenhum prazo formal para a decisão final quanto às concentrações, o que acarretava na diminuição de incentivos das partes em proverem informações rápidas e consistentes.

Uma segunda consequência decorrente deste sistema antigo consistia no estreitamento de possibilidades de remédios para as operações. Isso porque o Cade, ao constatar a ilegalidade de uma operação, deparar-se-ia com uma provável consumação da mesma, já que as partes não eram obrigadas legalmente a aguardar uma decisão final da autarquia. Com isso, o poder do Cade em reprovar tais concentrações ou condicioná-las a remédios antitruste era dificultado, tendo em vista a complexidade de ordenar o desfazimento de uma operação.

Adentrando-se no mérito dos remédios antitruste, a OCDE concluiu que o Cade possuía uma taxa elevada de atos de concentração aprovados com restrição. Tal número, entretanto, era derivado da expressiva quantidade de operações com cláusulas de não-concorrência, cujo conteúdo não estava de acordo com o entendimento da agência de concorrência brasileira. Verificou-se que cerca de 40% a 78% das restrições feitas pelo Cade giravam somente em torno das cláusulas de não-concorrência¹⁶.

Apesar desta opinião do Cade ser expressada desde 2001¹⁷, Cabral afirma que cerca de 60%, ou seja, um total de 284 dos atos de concentração aprovados com restrição de 1994 a 2013, estavam relacionados às cláusulas de não-concorrência¹⁸. Com a adoção da nova Lei em 2012, foi visto na presente pesquisa apenas 3 casos que versavam exclusivamente sobre cláusulas de não concorrência durante estes cinco anos.

No que tange a este assunto, percebe-se que a mudança do sistema de controle de concentrações para prévio resultou em uma drástica redução dos casos relacionados a estas disposições. Um dos motivos a que se atribui esta evolução consiste no próprio conceito do sistema *premerger review*.

Anteriormente, a lei n. 8.884/94 não proibia a consumação das concentrações antes de uma decisão final do Cade, somente em casos excepcionais. Logo, muitas das empresas requerentes insistiam em cláusulas

¹⁶ Idem.

¹⁷ Ato de Concentração n. 08012.001409/2001-13. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, op cit.

¹⁸ CABRAL, Patrícia Semensato. Remédios em atos de concentração: uma análise prática do Cade, 2014, op cit, p. 33.

consideradas ilegais pelo Cade, tendo em vista que uma eventual decisão quanto à esta disposição não prejudicaria a consumação da transação.

A partir de 2012, as operações notificáveis submetidas ao regime da nova lei passaram a necessitar do aval do Cade para sua consumação, sob pena de multa por *gun jumping*. Por isso, disposições de não-concorrência que ultrapassassem o entendimento da autarquia consolidado desde 2001, foram reduzidas drasticamente ao ponto que a última restrição quanto à esta cláusula ocorreu no ano de 2014.

A segunda implicação importante feita pela OCDE consistia no fato de que a autoridade antitruste brasileira aplicava um número alto de medidas comportamentais em casos onde havia séria preocupação concorrencial. Para tal afirmação, utilizou-se os números absolutos de remédios comportamentais e estruturais nos anos de 2007 e 2008, onde as medidas comportamentais foram superiores.

Tabela 4. Distribuição de remédios comportamentais e estruturais, em 2007 e 2008

	2007	2008	Total
Comportamentais	8	10	18
Estruturais	4	8	12

Nesse sentido, o presente trabalho buscou verificar se a aplicação de remédios antitruste pelo Cade continua nos mesmos moldes concluídos pela OCDE ou se há uma mudança de comportamento na aplicação de medidas concorrenciais nos atos de concentração analisados.

Primeiramente, cumpre observar que mesmo após a adoção do sistema de controle de concentrações prévio, o Cade continua impondo um número de remédios comportamentais muito maior do que o de estruturais quando são comparados os números absolutos. Entretanto, esta abordagem não parece ser a correta para este tipo de avaliação por uma série de fatores.

Isso porque nem sempre os remédios estruturais serão os mais indicados para a solução de um problema concorrencial. Em casos de integração vertical, por exemplo as recomendações de boas práticas indicam que a aplicação de medidas comportamentais são as indicadas para mitigar este problema concorrencial.

Além disso, em diversos casos analisados, observou-se uma imposição de remédios comportamentais e estruturais simultaneamente. Foram verificados dois tipos de situações: nas primeiras, medidas comportamentais foram aplicadas em complementação às estruturais, com o intuito de garantir

que as últimas tivessem sucesso¹⁹; nas segundas, as duas medidas foram aplicadas em igual forma²⁰.

Tendo isto em mente, apenas no segundo e quarto anos de vigência da nova Lei (2013-2014; 2015-2016), foi observada uma maior aplicação pura de remédios comportamentais quando comparada às aplicações de somente remédios estruturais ou de estruturais somados aos comportamentais. Em todos os outros anos, a soma da instituição de remédios puramente estruturais e da instituição de estruturais somados aos comportamentais foi maior do que a de remédios puramente comportamentais.

Ademais, acredita-se que a avaliação de eficiência pelo número absoluto de remédios aplicados não é a mais indicada pelo fato de que as medidas comportamentais, ao serem impostas, são aplicadas em conjunto. O que se quer dizer é que compromissos não são aplicados isoladamente, ou seja, são feitos conjuntos de medidas comportamentais, aumentando-se, assim, o número absoluto destas medidas. Ao contrário, os remédios estruturais são comumente aplicados de maneira única.

Assim, para se ter uma ideia mais adequada da evolução da aplicação de remédios antitruste, os dados obtidos por esta pesquisa devem ser comparados com aqueles obtidos pela pesquisa de Cabral, que também avaliou as medidas impostas pelo Cade por atos de concentração e por problema concorrencial identificado.

Como visto, no que tange aos remédios antitruste aplicados por número de casos nos cinco anos da Lei n. 12.529, apenas em 2 anos o número de concentrações com remédios puramente comportamentais foi maior do que puramente estruturais e estruturais + comportamentais. Já na pesquisa de Patrícia Semensato Cabral, de 1995 a 2013, na maioria dos anos houve aplicação de remédios puramente comportamentais superior do que as outras duas possibilidades²¹.

Quanto à análise por problemas concorrenciais, fica clara a preferência do Cade no que se refere a integrações verticais. Isso porque, desde 1995, a agência antitruste brasileira ao examinar operações somente com este

¹⁹ O recente caso n. 08700.005937/2016-61 (Dow/Dupont) é um exemplo onde foram alienados ativos para criação de concorrentes efetivos em cinco mercados relevantes, mas também foram aplicadas medidas comportamentais para complementar os desinvestimentos.

²⁰ Como por exemplo, no Ato de Concentração n. 08700.005447/2013-12 (Kroton/Anhanguera).

²¹ Nos anos de 1995 a 1997, 1998, 2001, 2004, 2006 a 2008, 2010 e 2013, a aplicação de remédios puramente comportamentais superou a de remédios puramente estruturais ou a combinação entre comportamentais e estruturais.

tipo de preocupação, aplica somente medidas comportamentais²². Isso foi corroborado com a presente pesquisa, que também só observou a aplicação destas medidas no que tange às integrações verticais.

Em relação às concentrações apenas com sobreposições horizontais, Patrícia Cabral observa que 63% dos casos foram condicionados a remédios comportamentais; 26% com remédios estruturais; e 11% foram impostos combinações entre comportamentais e estruturais²³. Já no período de vigência da nova Lei, 26% das medidas foram comportamentais; 13% combinações entre estruturais e comportamentais; e 60% somente estruturais.

Isto dá base para concluir que houve uma inversão da prática do Cade no que tange a operações com sobreposição horizontal. Entre os anos de 1995 e 2013, mais de 60% dos casos foram aplicados somente comportamentais, enquanto que, de 2013 a 2017, 60% das operações tiveram medidas somente estruturais.

Em outras palavras, com a vigência da nova Lei 12.529/11, o Cade passou a impor, em sua maioria, os tipos de remédios considerados como preferíveis pela doutrina e pelas agências antitruste mais experientes no que tange às sobreposições horizontais.

Diante do exposto, há que se constatar pela busca do Cade no que tange à recomendação das melhores práticas quanto à aplicação de remédios antitruste, seja por uma mudança do arcabouço legal que rege o sistema de controle de concentrações brasileiro, seja por uma nova prática do Tribunal Administrativo.

3. Conclusão

O presente trabalho procurou analisar a aplicação dos remédios antitruste pelo Cade após a vigência da Lei n. 12.529/2011, e comparar os dados com a *peer review* feita pela OCDE sobre Lei de Concorrência n. 8.884/94, em que se indicou a pouca efetividade dos remédios antitruste aplicados pelo Cade resultaria de seu sistema de controle de concentrações posterior.

A pesquisa central analisou os cinco anos de vigência da Lei 12.529/2011 e alguns resultados puderam ser observados quanto à aplicação dos remédios antitruste. Primeiramente, observou-se uma diminuição relevante no número de casos total analisados pela autarquia.

Ainda, relevante notar que, anteriormente, a maior parte dos casos

²² CABRAL, Patrícia Semensato. Remédios em atos de concentração: uma análise prática do Cade, 2014, op cit, p. 47.

²³ Idem.

que possuíam algum tipo de restrição no regime da antiga lei de concorrência, estavam relacionados somente às disposições de cláusula de não-concorrência, mesmo com o entendimento do Cade já pacificado. Com a mudança do sistema de controle de concentrações para prévio, somente 3 operações foram restringidas por conta desta disposição. Este dado demonstra uma clara eficiência do novo sistema.

No que tange aos remédios antitruste aplicados durante estes cinco anos, em números absolutos, existe a predominância de medidas comportamentais. Não obstante, ao se analisar o número de remédios aplicados por ato de concentração, verificou-se que somente em 2 anos de vigência da nova Lei, o número atos de concentração que tiveram a imposição de remédios puramente comportamentais foi maior do que a soma de atos de concentração cujas medidas foram somente estruturais ou estruturais em conjunto com comportamentais.

Sob a ótica do problema concorrencial identificado em cada operação, constatou-se que em casos com integração vertical, o Cade aplicou somente remédios comportamentais desde 1995. Apesar de algumas jurisdições aplicarem nestas situações remédios estruturais, a ICN, a OCDE e o DOJ também entendem que problemas como esses necessitam de medidas comportamentais a fim de garantir as eficiências decorrentes pela operação.

Nos casos com sobreposição horizontal, observou-se uma inversão da aplicação de remédios. Isso porque, de 1995 a 2013, cerca de 60% dos atos de concentração somente com este tipo de problema tinham compromissos essencialmente comportamentais. Por outro lado, sob o regime da Lei n. 12.529, o Cade inverteu estes dados e instituiu em 60% das concentrações, remédios puramente concorrenciais.

Entretanto, mister concluir que o Cade, sob o regime da nova Lei n. 12.529/11, aplica remédios antitruste com olhos nas melhores práticas de autoridades antitruste como o DOJ e a Comissão Europeia, além de estar atento para as recomendações de organizações internacionais como a ICN e a OCDE.

4. Referências

ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor. Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada. Revista dos Tribunais, 2012.

BULGARELLI, Waldirio. Concentração de empresas e direito antitruste. São Paulo: Editora Atlas, 1996.

CABRAL, Patrícia Semensato. Remédios em atos de concentração: uma análise prática do CADE. IX Prêmio SEAE, 2014.

CASTRO, Bruno Braz de. Remédios jurídicos no direito concorrencial brasileiro: um panorama. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado. (Org.) Remédios Antitruste. São Paulo: Singular, 2011. p. 47

Comissão Europeia. Merger Remedies Study. DG COMP, European Commission, 2005. Disponível em <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf> Acesso em 27 de abril de 2017.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia Análise de Atos de Concentração Horizontal. Brasília, 2016.

COSTA, Cláudia. Economia incentivos à competição – vai começar a discussão da nova lei de defesa da concorrência. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=918:catid=28&Itemid=23>. Acesso em: 09 de junho de 2017.

DEL CHIARO, José; PEREIRA JR., Ademir Antônio. O Desenvolvimento da Defesa da Concorrência: do Controle Posterior ao Controle Prévio de Atos de Concentração. In A Nova Lei do CADE. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. Pp. 70.

Estados Unidos da América. Department of Justice policy guide to merger remedies. 2011. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/272350.pdf>> Acesso em: 19 de abril de 2017.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 398-399.

FURLAN, Fernando de Magalhães. Impactos Gerais do Projeto da Nova Lei de Defesa da Concorrência sobre Atos de Concentração Econômica. In Concentração de Empresas no Direito Antitruste Brasileiro: Teoria e Prática dos Atos de Concentração. São Paulo: Editora Singular, 2011. Pp. 171-173.

International Competition Network. Merger Remedies Guide. ICN Merger Working Group, 2016. Disponível em <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc1082.pdf>> Acesso em 18 de abril de 2017.

MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil. In Temas Atuais de Direito da Concorrência, São Paulo: Singular, 2012, p. 58.

MATTOS, César. Remédios em atos de concentração: a experiência e o Brasil. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado. (Org.). Remédios antitruste. São Paulo: Editora Singular, 2011, pp. 64 e 65.

NOVIS, Maria Eugênia; VERISSIMO, Marcos Paulo. Controversial issues in merger review: practical aspects. In: Overview of Competition Law in Brazil, São Paulo, 2015. pp. 60-75.

OECD. Remedies in Merger Cases. OECD, 2011. Disponível em < <http://www.oecd.org/daf/competition/RemediesinMergerCases2011.pdf> > Acesso em: 24 de abril de 2017.

OECD/BID. Lei e política de concorrência no Brasil – uma revisão pelos pares. 2010, p. 35-36. A OCDE atribui o elevado número de remédios comportamentais ao fato de o SBCD lidar com fusões *ex post*.

OLIVEIRA, Amanda Flávio. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In. OLIVEIRA, Amanda Flávio; RUIZ, Ricardo Machado. (Org.) *Remédios Antitruste*. São Paulo: Singular, 2011. p. 19